

ASPECTOS DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Julio Kahan Mandel*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Recuperação judicial; 3. Falência; 4. Recuperação extrajudicial; 5. Responsabilidade penal; 6. Conclusão.

1. Introdução

Após mais de 12 anos de espera, finalmente o Brasil tem uma nova legislação falimentar. Lembro que a legislação de falências em vigor até 09/06/2005 data de 21/06/1945. Ou seja, em pleno século 21, com todas as transformações econômicas e políticas que transformaram o mundo, as empresas brasileiras estavam sujeitas a uma legislação sexagenária.

E vale lembrar que nosso antigo Código Comercial somente foi superado recentemente, com a nova legislação civil. Veja como se iniciava aquele código: *“Dom Pedro Segundo, por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e defensor perpétuo do Brasil, fazemos saber a todos e nós queremos a Lei seguinte...”*

Atualmente não existe comércio sem a presença de termos como informática, internet, globalização, entre outros. Contudo, em 1945, a economia brasileira não havia passado por tantos períodos inflacionários, não existiam computadores e a indústria era incipiente. A base da economia era a agricultura e o artesanato começava a transformar-se em indústria no pós-guerra.

Por questões político-sociais a lei de 1945 ainda perdurou até Junho de 2005. Justamente na área comercial, onde o dinamismo é uma de suas maiores características, a demora na alteração da Lei de Falências trouxe muitos prejuízos ao mercado, que só não foram maiores devido à sensibilidade do Poder Judiciário.

O Judiciário, não alheio às necessidades e realidade nacionais, trabalhou com dignidade e vários foram os juízes que deixaram de cumprir com rigidez a anacrônica Lei de Falências, abrandando o rigor da lei, principalmente em seus aspectos formais, em favor da recuperação da empresa.

*Advogado, especialista em Direito Falimentar, graduado pela PUC/SP. Membro da Comissão da OAB/SP para estudos legislativos referentes à falência, concordata e recuperação de empresas (2003). Diretor do MDA — Movimento de Defesa da Advocacia (2004). Professor convidado do Curso de Educação Continuada da FGV/SP sobre Recuperação de Empresas (2004/05).

Mas faltava uma nova legislação que desse segurança jurídica às partes e delineasse um caminho seguro para a recuperação das empresas em dificuldades financeiras.

Jurisprudências foram consagradas, como a concessão de prazo para juntada de documentos no pedido de concordata, o afastamento dos protestos como fator impeditivo da concordata e a criação da figura da desistência do benefício.

A nova legislação veio revolucionar todo o procedimento, não se limitando a adotar a jurisprudência consolidada pelos Tribunais, mas criando novos e modernos mecanismos. A Lei 11.101/05 provocou a extinção da concordata, instituindo definitivamente no ordenamento jurídico o espírito em voga em quase todo o mundo: a busca pela efetiva recuperação da empresa e não simplesmente sua liquidação.

A nova lei ampliou o conceito de comerciante da antiga legislação, adaptando-se à moderna teoria da empresa. As instituições financeiras, consórcios e seguradoras e as sociedades de economia mista permanecem vinculadas a um regime de liquidação extrajudicial definido pelo Banco Central, SUSEP ou órgão específico, e respeitam uma legislação própria que também mereceria reforma. Louve-se a inclusão das empresas aéreas no procedimento, sendo revogado para estes casos o artigo 187 da casuística Lei 7.565/1986.

Destacamos algumas das principais alterações da nova legislação.

2. Recuperação judicial

Substitui a concordata preventiva. Permite ao devedor apresentar um plano de pagamento aos seus credores baseado na sua situação particular, em lugar das regras fixas da antiga processualística. A forma de pagamento pode se basear em seu fluxo de caixa, na venda de ativos e até na troca de dívidas por participação acionária.

A antiga Concordata nada mais era do que uma moratória, que concedia um prazo fixo para o devedor pagar a seus credores, sem a possibilidade de individualização do caso concreto e da respectiva adequação do plano de pagamento à situação econômico-financeira da empresa devedora.

De acordo com o novo ordenamento, não há mais um prazo fixo para o pagamento das dívidas e o devedor pode apresentar um plano de recuperação em até 60 dias contados do deferimento do processamento do pedido da recuperação judicial.

Através do plano, o devedor exporá sua situação econômico-financeira e patrimonial, e poderá prever pagamentos aos credores respeitando a limitação de seu fluxo de caixa. A recuperação judicial também atinge a todos os credores (exceção dos créditos fiscais) e não somente aqueles sem garantia, e impede, por 180 dias, que os detentores de

direitos baseados em contratos de alienação fiduciária e *leasing* retirem da empresa em recuperação os bens financiados, necessários à manutenção da atividade empresarial.

Os créditos trabalhistas e fiscais têm uma situação diferenciada dentro do procedimento. Os créditos derivados de relação de trabalho obrigatoriamente deverão ser pagos dentro de um ano do pedido de recuperação. Quanto aos créditos fiscais, eles não estarão sujeitos à recuperação judicial, mas deverão ser alvo de parcelamento específico, nos termos de legislação própria.

Apresentado o plano em juízo e submetido pelo juiz aos credores, estes poderão aprovar ou não a proposta do devedor e até mesmo propor modificações.

O magistrado permanece responsável pela homologação ou não do plano. Para deliberar, os credores poderão se reunir em assembléia e inclusive formar um comitê, que acompanhará o desenvolvimento do plano aprovado. Mas a convocação de assembléia não é obrigatória. Não sendo impugnado o plano apresentado, ele será aprovado.

Critico a necessidade de apresentação de certidão negativa fiscal pelo devedor, após a aprovação do plano de pagamento proposto aos credores, conforme previsto no artigo 57. O credor fiscal não está sujeito ao procedimento e deveria ser o último interessado na decretação da falência de uma empresa cujo plano de pagamento aos credores já foi aprovado, seja pela questão social, seja pelo fato de que uma unidade produtiva, definitivamente recuperada, ser uma excelente fonte geradora de recursos à Fazenda.

Outros aspectos interessantes estão previstos nos artigos 60 e 67. O artigo 60, em seu parágrafo único, prevê que a alienação de filiais do devedor estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária.

Espero que os juízes e os procuradores da Fazenda respeitem esse dispositivo, essencial para que bens da empresa devedora possam ser vendidos por valor de mercado. Eventuais fraudes contra os credores fiscais devem ser punidas, mas não através do procedimento de se coibir o direito daqueles de boa-fé.

Bastará que os primeiros casos de venda de bens sem sucessão fiscal em procedimentos sob a vigência da nova lei sejam contestados sem relevante razão pela Fazenda, para que o instituto caia em descrédito. Se a cada caso de venda de filial em sede de recuperação judicial, houver uma contestação por parte da Fazenda, o preço do bem a ser vendido já sofrerá drástica redução, pois os compradores já reduzirão da oferta de compra os riscos do negócio (como o desgaste de ter a operação contestada em juízo e os custos de defesa na ação judicial). Essa desvalorização do bem a ser vendido causará prejuízos aos credores e ao devedor. Por isso, torço para que um critério claro seja adotado pela Fazenda, em casos de impugnação de venda de ativos por empresas em recuperação judicial.

O artigo 67 prevê que os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo, serão considerados extraconcursais em caso de decretação de falência.

Ou seja, aquele que financiar o devedor em dificuldade, no curso de um procedimento de recuperação judicial, terá uma ampla proteção contra os efeitos da quebra. Esse dispositivo permitirá que a empresa em dificuldade tenha a chance de ter crédito para financiar suas operações, o que dificilmente acontecia com as empresas em concordata.

Esse dispositivo somente alcançará sua total efetividade, se a liquidação das empresas falidas for correta a ponto de propiciar ao credor uma efetiva reparação, em razoável espaço de tempo. Os credores por restituição, na lei de falências de 1945, detinham privilégio semelhante e mesmo assim demoravam anos para receber seus créditos, em vários casos.

3. Falência

Em relação aos direitos do credor para requerer a falência de seu devedor, quase nada foi alterado em relação à antiga legislação, nem mesmo aos aspectos processuais. A maior alteração buscou acabar com os pedidos de falência por dívidas de pequeno valor. O credor deve possuir um crédito no valor mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos para ter direito a solicitar em juízo a quebra de seu devedor. Se o seu crédito for de pequeno valor, restará ao credor propor a ação de execução individual.

Essa criação de um valor mínimo para propositura de um pedido de falência reduzirá muito o número de ações dessa natureza, o que desafogará, em tese, o trabalho das varas especializadas em falências (nos locais em que forem instaladas). As estatísticas mais básicas indicarão, futuramente, que o número de pedidos de falência foi reduzido com a nova legislação, o que não significará nada em relação à eficácia da nova lei em evitar falências de empresas de maior porte ou mesmo em manter vivas algumas pequenas empresas, que poderão falir de fato e não de direito.

Os meios de defesa do devedor contra um pedido de falência ficaram mais claros e foram ligeiramente ampliados, louvando-se principalmente a ampliação do prazo para apresentação de defesa para 10 dias (artigo 98) e a possibilidade do devedor impetrar um pedido de recuperação judicial dentro do prazo de defesa.

Decretada a falência, os bens da falida poderão ser vendidos antecipadamente. Foram exemplificadas várias formas de venda dos bens do devedor, o que em si não é nenhuma modernidade, pois a lei de 1945 não somente não vedava a prática de meios alternativos de venda dos ativos da massa, como permitia que a maioria dos credores decidisse pela melhor forma de venda liquidada da falida.

O problema era a má aplicação da lei, causada em boa parte dos casos pela combinação de fatores como a má gestão da massa pelo síndico, pelo desinteresse dos credores em fiscalizarem ou contribuírem para a boa liquidação da massa e até mesmo pela ineficiência do judiciário, seja pela notória falta de estrutura, pela falta de especialização dos juízes e mesmo pela incompetência, em alguns casos.

A nova legislação não pode solucionar por decreto os problemas de má liquidação das falências, mas alguns avanços permitirão que o novo procedimento funcione.

Entre eles destacamos o fato do comprador da “operação” ou do fundo de comércio de uma empresa falida não estar mais sujeito à sucessão tributária (o que aumenta o valor dos bens da massa) e a alteração na ordem de classificação dos créditos, que colocou o crédito com garantia real à frente do crédito tributário (esse fato dará esperança a esses credores de receberem seus créditos, o que fará com que eles não somente fiscalizem a boa liquidação da massa, como até invistam valores para que o administrador judicial possa ter recursos para proteger e manter os ativos até que sejam vendidos, o que não era feito pelos credores fiscais na vigência da antiga legislação).

Contudo, a alteração da ordem de pagamento dos créditos é uma das mais polêmicas criações da nova legislação. A ordem de prioridade para o pagamento dos credores na falência reduziu o pagamento dos créditos trabalhistas até o limite de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. Ganhando uma maior preferência, logo após o pagamento de parte dos direitos trabalhistas, estão os créditos com direito real de garantia, até o limite do bem gravado. Logo após, encontram-se os créditos fiscais. Na seqüência estão: créditos com privilégio especial; créditos com privilégio geral; créditos quirografários; multas; e créditos subordinados.

Defendo que o credor trabalhista não deve sofrer limitações em seus direitos, pois não corre o risco do negócio, como aqueles que venderam bens para a falida ou emprestaram dinheiro visando lucro. Além disso, é a parte mais frágil. Ao colocar o credor com garantia real na frente dos empregados, o legislador buscou proteger o crédito, o que é louvável, mas isso não deveria ser feito às custas dos assalariados.

Note-se que o saldo a pagar aos empregados, após o pagamento de 150 salários mínimos, terá menos chance de ser quitado do que o crédito fiscal! Pelo valor que será pago (150 salários mínimos), realmente o pequeno funcionário ficará protegido, restando para “pagar a conta” os empregados da chamada classe média e os antigos empregados da empresa (que teriam direito a uma maior indenização). Novamente a classe média tem que arcar com o ônus que deveria ser das grandes instituições e do governo. Como se já não bastassem os impostos que incidiram sobre todos os salários recebidos pelo empregado durante sua vida profissional.

4. Recuperação extrajudicial

Regulamenta uma prática amplamente utilizada no mercado, mas que era considerada como ato de falência pela antiga legislação. O devedor pode negociar fora dos tribunais com seus principais credores e aprovar um plano de pagamento para suas dívidas. Aprovado o Plano pela maioria dos credores, ele pode ser levado ao Judiciário para homologação, sendo que a aprovação ao Plano pela maioria (3/5 dos credores de cada classe), obriga a minoria discordante.

Se o plano não for aprovado, o devedor não estará sujeito à decretação de sua falência. O devedor poderá propor outro plano, em novo pedido de recuperação extrajudicial, ou se valer da recuperação judicial.

5. Responsabilidade penal

Lamentavelmente, a parte penal e processual penal está eivada de equívocos. Há previsão para aumento das penas, em desacordo com a tendência criminal moderna e até mesmo em total desproporcionalidade em relação a crimes como estelionato ou lesão corporal. E condutas, mesmo que equivocadas, mas meramente administrativas foram transformadas em crime.

Também foram tipificadas novas modalidades de crimes e ampliadas as responsabilidades dos contadores, técnicos contábeis, auditores e outros profissionais que, de qualquer modo, concorrerem para as condutas criminosas descritas na lei.

Na parte processual, cerceou-se o direito de defesa do falido, com a admissão do rito sumário em procedimento tão complexo e que a previsão de penas tão elevadas.

Manteve-se a possibilidade do juiz cível decretar a prisão preventiva do falido, mesmo com a determinação de que a ação penal tramitará perante a justiça criminal. E, sem inquérito policial ou ação penal, aptos a impulsionar a o poder punitivo estatal, como poderia ser decretada essa prisão, como bem abordado pelos criminalistas Paula Kahan Mandel Hakim e Roberto Podval em brilhante texto publicado no livro *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, da editora Quartier Latin, em 2005.

Lembro que a organização judiciária paulista prevê que os crimes falimentares devam ser julgados pelo próprio juiz da falência. Vamos esperar a definição sobre a aplicação dessas regras na vigência da nova lei por parte do tribunal.

6. Conclusão

A nova legislação efetivamente criou mecanismos para recuperação da empresa. Mas a falta de varas especializadas na maioria das grandes cidades, a má técnica

legislativa na parte processual e o pequeno prazo de vacância para sua entrada em vigor, poderão minar o sucesso desta nova legislação, trazendo insegurança jurídica aos que optarem pelos procedimentos nela previstos.

Louve-se a correta e ágil iniciativa do judiciário paulista em criar varas especializadas ao menos na capital do estado.

De modo infeliz, o governo apregoa a nova lei como um fator essencial para com que caiam os juros, o que não acredito ser correto, e talvez a não ocorrência desse evento decepcione o setor produtivo e já mine a boa receptividade da nova legislação.

Vale lembrar que os bancos, no Brasil, têm alcançado lucros recordes. Desse modo, não acredito que a nova lei de falências faça cair os juros e nem que os bancos devam receber tratamento especial para barateamento do crédito com base na limitação dos direitos trabalhistas em prol do crédito, pois foram mantidos a grande maioria dos privilégios dos créditos fazendários.

Finalmente, espero que a nova lei seja bem recebida, bem aplicada, e que as empresas em dificuldade possam efetivamente se recuperar com apoio desse novo ordenamento jurídico, tão aguardado pelo mercado.

Contudo, para que isso ocorra, o judiciário precisa estar atento ao espírito da nova lei e os credores precisam entender que sacrifícios terão que ser suportados também por eles e não somente pelo devedor e seus empregados, e que as grandes instituições financeiras e grupos econômicos tenham a preocupação social de manter os empregos do devedor e manter viva a pequena unidade produtiva devedora, mesmo que tenham que fazer concessões em seus direitos de receber a totalidade de seus créditos e no prazo que desejam.

Meu desejo pode parecer ingênuo, mas somente com o apoio dos credores é que a nova lei alcançará seu objetivo de recuperar as empresas, pois a antiga concordata era imposta a eles, enquanto a nova lei de recuperação de empresas institui uma maior possibilidade de oposição dos credores à proposta do devedor. Aguardaremos para ver se os grandes credores abraçarão essa mudança de mentalidade, para o bem do país. *Às vezes, só uma mudança de ponto de vista é suficiente para transformar uma obrigação cansativa numa interessante oportunidade.*

